

## **A556 - RICHIESTA DATI PER PARTECIPAZIONE GARA CONSIP TM9**

Provvedimento n. 30435

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 20 dicembre 2022;

SENTITO il Relatore, Presidente Roberto Rustichelli;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287, e, in particolare, l'articolo 14-*bis*;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la Comunicazione dell'Autorità relativa all'applicazione dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/90;

VISTA la segnalazione della società Fastweb S.p.A., pervenuta in data 31 ottobre 2022 e integrata, da ultimo, in data 25 novembre 2022;

VISTA la propria delibera del 30 novembre 2022, n. 30388, con la quale è stato avviato un procedimento istruttorio, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90 nei confronti di Telecom Italia S.p.A., per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 3 della legge n. 287/90, con contestuale avvio di un subprocedimento cautelare, ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/90;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

### **I. LE PARTI**

**1.** Fastweb S.p.A. (di seguito "Fastweb" o il "segnalante") opera principalmente nella gestione di servizi telefonici, *internet*, di trasmissione dati e servizi televisivi in banda larga. In particolare, Fastweb svolge attività di sviluppo e gestione di infrastrutture di telecomunicazioni *broadband*, aggregazione di contenuti, attività di *e-commerce*, fornitura di servizi per il settore residenziale e il settore *business*. Fastweb è controllata da Swisscom Italia S.r.l., a sua volta soggetta al controllo di Swisscom AG (di seguito, Swisscom), società con sede in Svizzera e quotata alla SWX Swiss Exchange, che fornisce una gamma completa di servizi di telecomunicazione per clienti residenziali e *business*. Fastweb è altresì attiva nel mercato della telefonia mobile a livello virtuale, in forza di due accordi di *roaming* con gli operatori TIM S.p.A. e WindTre S.p.A. (di seguito WindTre) aventi ad oggetto varie tecnologie di trasmissione (2G-3G-5G-LTE, 5G). Da ultimo, a partire dal 2019, Fastweb ha assunto la posizione di operatore "ibrido" (ovvero "virtuale" per alcune tecnologie di trasmissione e infrastrutturato per altre) a seguito dell'attivazione dei propri servizi di telefonia 5G.

**2.** Telecom Italia S.p.A. (di seguito "TIM") è una società attiva nell'installazione e nella fornitura di infrastrutture di telecomunicazioni, nonché nell'offerta dei relativi servizi. In particolare, TIM è titolare della rete pubblica commutata, sulla quale fornisce servizi di interconnessione ad altri operatori per la loro operatività sui mercati dei servizi finali. TIM opera con diversi marchi, rivolgendo la propria offerta tanto a soggetti rivenditori di servizi quanto all'utenza finale affari e residenziale, fornendo servizi di telefonia fissa, mobile e satellitare, servizi di trasmissione dati e accesso a Internet, servizi di connettività, servizi di rete e accesso a infrastrutture, servizi connessi al commercio elettronico, creazione di siti *web*, offerta di soluzioni Internet/Intranet/Extranet alle aziende, vendita di spazi pubblicitari *on-line* e servizi multimediali.

### **II. IL PROCEDIMENTO**

#### **II.1 L'avvio del procedimento**

**3.** Con delibera del 30 novembre 2022, l'Autorità ha avviato un procedimento nei confronti di TIM al fine di accertare l'eventuale sussistenza di un abuso di posizione dominante nei confronti di Fastweb.

**4.** In estrema sintesi, nel proprio provvedimento, l'Autorità ha contestato il rifiuto di TIM a concedere a Fastweb le proprie mappe di copertura del segnale radiomobile, richieste da quest'ultima al fine di partecipare alla "Gara a procedura aperta per l'appalto di servizi di Telefonia Mobile per le Pubbliche Amministrazioni - Edizione 9 - ID Sigef 2452" (di seguito la "Gara Consip TM9").

#### **II.2 Il sub-procedimento cautelare**

**5.** Alla luce di una valutazione preliminare del quadro probatorio e del rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per la concorrenza, nelle more della definizione del procedimento istruttorio, l'Autorità ha avviato contestualmente al procedimento istruttorio, anche un subprocedimento cautelare, ai sensi dell'articolo 14-*bis* della Legge n. 287/1990, volto a verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti per l'adozione di misure cautelari, nell'ambito del quale si è svolto il contraddittorio con le Parti.

**6.** Contestualmente alla notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria, pertanto, veniva comunicata alle Parti la fissazione del termine di sette giorni, decorrenti dalla data di notificazione del predetto provvedimento di avvio, per la

presentazione di memorie scritte e documenti e per la richiesta di audizione dinanzi al Collegio, oltre che per la possibilità di avere accesso agli atti del procedimento.

**7.** Entrambe le Parti hanno esercitato in diverse occasioni il diritto di accesso agli atti del fascicolo. Fastweb ha depositato la propria memoria finale in data 12 dicembre 2022, mentre TIM in data 14 dicembre 2022, in virtù di una proroga del termine, concessa in ragione di circostanze eccezionali motivate con propria istanza di accesso.

**8.** In data 19 dicembre 2022, TIM e Fastweb sono state audite dal Collegio e hanno avuto modo di rappresentare le proprie considerazioni in relazione alle risultanze procedurali formulate dagli Uffici in vista dell'eventuale adozione di misure cautelari da parte dell'Autorità.

### **III.3 La Gara TM9**

**9.** In data 31 ottobre 2022, la società Consip S.p.A. (di seguito, "Consip" o "la stazione appaltante"), nella sua funzione di centrale di committenza per la Pubblica Amministrazione (di seguito, "la PA") ha pubblicato la nona edizione del bando di gara (di seguito "la gara" "il bando" e "TM9")<sup>1</sup>, relativo alla telefonia mobile per tali amministrazioni<sup>2</sup>.

**10.** TIM è il fornitore di tale servizio per la PA a partire dalla quarta edizione (bandita nel 2007, con inizio di Convenzione di fornitura nel 2008)<sup>3</sup>.

**11.** Ai sensi del Disciplinare di gara, un'adeguata copertura del territorio nazionale – in termini di servizi di telefonia mobile – costituisce un requisito di partecipazione fondamentale. La gara è aperta sia ad operatori tradizionali Mobile Network Operator (di seguito "MNO") sia ad operatori completamente virtuali (Mobile Virtual Network Operator, di seguito "MVNO") o parzialmente infrastrutturati (i cosiddetti, operatori "ibridi", come Fastweb<sup>4</sup>).

**12.** Più in particolare, ciascun concorrente deve presentare un "Piano di copertura" che consta di "una tabella in cui il concorrente dovrà indicare per ciascun Comune italiano, le percentuali del territorio, all'interno dei confini amministrativi comunali, coperte 2G, 3G, 4G, 4G+. La stessa tabella dovrà riportare il territorio complessivo di ogni Comune, cui rapportare le percentuali di copertura indicate". Nella Figura 1 che segue è rappresentata la tabella, presente nel Capitolato di gara, che ciascun operatore deve produrre.

---

<sup>1</sup> [Si tratta della "Gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di Telefonia Mobile (Ed. 9) per le pubbliche amministrazioni", i cui riferimenti sono disponibile sul sito di Consip al collegamento Internet: <https://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/gara-telefonia-mobile-9>.]

<sup>2</sup> [La gara è stata oggetto di Avviso di preinformazione pubblicato in data 19 settembre 2022.]

<sup>3</sup> [La gara in oggetto è stata aggiudicata nelle ultime cinque edizioni a TIM. Le precedenti edizioni della gara in oggetto di valutazione sono state caratterizzate da una riduzione sempre più marcata dei partecipanti. Più precisamente, tre operatori hanno presentato la propria offerta nella settima edizione, mentre l'ottava è stata aggiudicata a TIM, in assenza di ulteriori offerte dei concorrenti.]

<sup>4</sup> [Fastweb, storico operatore della telefonia fissa e della banda ultralarga, è al contempo attivo nella fornitura di servizi telefonia mobile, in virtù della copertura fornita da due operatori mobili dotati di rete propria (i c.d. Mobile Network Operator, di seguito "MNO"), le società TIM (con scadenza nel 2025) e la società Wind Tre (con scadenza nel 2029), che nella veste di roamer forniscono al segnalante servizi di tecnologia mobile (nello specifico, 2G-3G-4G-LTE-5G). Da ultimo, infatti, a partire dal 2019, Fastweb sta provvedendo alla copertura di propri servizi di telefonia mobile 5G.]

**Figura 1: Piano di copertura**

| Comune         | % almeno 2G              | % almeno 4G              | % almeno 4G+               | % 5G                     | Territorio comunale in Km <sup>2</sup> |
|----------------|--------------------------|--------------------------|----------------------------|--------------------------|--|
| ...            | ...                      |                          |                            |                          | ...                                    |
| C <sub>i</sub> | P2G <sub>i</sub>         | P4G <sub>i</sub>         | P4G <sub>i+</sub>          | P5G <sub>i</sub>         | T <sub>i</sub>                         |
| ...            | ...                      |                          |                            |                          | ...                                    |
| TOTALE         | P2G <sub>nazionale</sub> | P4G <sub>nazionale</sub> | P4G <sub>i+nazionale</sub> | P5G <sub>nazionale</sub> | Σ <sub>i</sub> T <sub>i</sub>          |

Dove:

- P2G<sub>i</sub>, P4G<sub>i</sub>, P4G<sub>i+</sub> e P5G<sub>i</sub> sono, rispettivamente, le percentuali del territorio del comune C<sub>i</sub> coperte "almeno 2G", "almeno 4G", "almeno 4G+" e "5G"
- T<sub>i</sub> è il territorio del Comune C<sub>i</sub>, in Km<sup>2</sup>;
- P2G<sub>nazionale</sub> è la percentuale di territorio nazionale coperta "almeno 2G", pari a  $(\sum_i P2G_i * T_i) / \sum_i T_i$
- P4G<sub>nazionale</sub> è la percentuale di territorio nazionale coperta "almeno 4G", pari a  $(\sum_i P4G_i * T_i) / \sum_i T_i$
- P4G<sub>i+nazionale</sub> è la percentuale di territorio nazionale coperta "almeno 4G+", pari a  $(\sum_i P4G_{i+} * T_i) / \sum_i T_i$
- P5G<sub>nazionale</sub> è la percentuale di territorio nazionale coperta "5G", pari a  $(\sum_i P5G_i * T_i) / \sum_i T_i$

**Fonte:** Capitolato di gara.

**13.** In sede valutativa, inoltre, il Disciplinare di gara prevede che un totale di 6,1 dei 70 punti attribuiti all'offerta tecnica vengano assegnati in ragione della percentuale di copertura del territorio nazionale realizzata dall'operatore. In particolare, verranno attribuiti un massimo di 0,6 punti per una copertura del territorio nazionale tramite tecnologia 2G qualora, raggiunta la soglia minima del 95%, venga migliorata la percentuale di copertura sino alla soglia massima del 99,90% (e, rispettivamente: 1,5 punti per il 4G; 3 punti per il 4G+; 1 punto per il 5G)<sup>5</sup>.

**14.** Si segnala inoltre che, ai sensi del paragrafo 2.1 del Capitolato tecnico, la copertura potrà essere garantita sia con l'utilizzo di una propria infrastruttura di rete sia attraverso accordi con un operatore di rete mobile licenziatario. Tale eventualità va indicata nella Relazione Tecnica allegata all'offerta per la quale si precisa che "nel caso in cui la copertura sia garantita attraverso accordi con un operatore di rete mobile licenziatario, descrizione dettagliata degli accordi stessi, dei quali dovranno essere forniti aspetti di interesse particolare quali Aree di Copertura (evidenziando quali, tra le aree dettagliate nelle tabelle dei successivi paragrafi, siano coperte con rete propria e quali in virtù di accordi con altri Operatori) e date di scadenza del contratto. Il Concorrente dovrà comunque garantire tutte le coperture dichiarate per l'intera durata dei Contratti di Fornitura".

**15.** Quanto alla verifica effettiva della copertura, tale procedura – ai sensi degli articoli 9.1-9.3 del Capitolato tecnico – verrebbe attivata per il primo operatore in graduatoria, ai sensi del paragrafo 21-bis del Disciplinare di gara<sup>6</sup>. In particolare, al concorrente verrà chiesto di consegnare entro dieci giorni la seguente documentazione:

"- Piano dettagliato della copertura", consiste nell'insieme delle mappe di copertura che comprendono tutti i Comuni Italiani per i quali il Concorrente abbia dichiarato, nell'ambito del Piano della Copertura e dei dati di cui al par. 2, una copertura diversa da zero. Il concorrente, nei tempi previsti dal par. 21 bis del disciplinare di gara, dovrà consegnare tali mappe, che dovranno essere in scala almeno 1:50.000, e dovranno indicare, con linee e diversi colori di riempimento, le zone relative alle coperture di cui alla Tabella 3, con indicazione dei servizi e delle tecnologie presenti

<sup>5</sup> [Per l'assegnazione dei punti dell'offerta tecnica relativi alla copertura sono previste soglie minime e massime di copertura di ciascun servizio, rispettivamente: 75% (soglia minima) e 99,90% (soglia massima) quale "percentuale di copertura del territorio nazionale almeno 4G"; 45% e 99,90% per l'omologa definizione relativa al servizio 4G+; 5% e 99,90% per il 5G]

<sup>6</sup> [Il paragrafo recita quanto segue:

"Parallelamente all'esame della documentazione amministrativa da parte dell'Ufficio e, in ogni caso, ai fini dell'aggiudicazione, nei confronti del concorrente che si trovi al primo posto della graduatoria provvisoria di merito si procederà alla:

A. verifica tecnica della copertura sul territorio nazionale del servizio offerta;

B. verifica del possesso delle caratteristiche tecniche minime e, ove offerte, di quelle relative ai criteri migliorativi con riferimento ai terminali offerti.

Resta fermo che la Consip S.p.A. si riserva, a suo insindacabile giudizio, di sottoporre a verifica tecnica ogni altro servizio, caratteristica tecnica e/o funzionalità offerta dal concorrente medesimo. [...] Verrà richiesto al concorrente di consegnare alla Consip S.p.A., entro il termine di 10 (dieci) giorni decorrenti dalla data di ricezione della relativa richiesta, il "Piano dettagliato della copertura", il cui contenuto è definito nel paragrafo 9.1 del Capitolato Tecnico, e che dovrà essere redatto in conformità a quanto dichiarato nel "Piano della copertura" presentato dal concorrente in sede di Offerta Tecnica."

(voce, trasmissione dati 2G, 4G, 4G+, 5G), nonché dell'area in Km2 della zona stessa. Le mappe andranno fornite in formato elettronico, pdf o jpeg.

- Mappe in grande scala" consistono nelle mappe già prodotte nel suddetto Piano dettagliato della copertura, ma in scala almeno 1:5.000 per i centri urbani e almeno 1:25.000 al di fuori dei centri urbani"<sup>7</sup>.

**16.** Infine, con riferimento allo svolgimento della gara e ai fatti oggetto di segnalazione (v. *infra*), si rileva che il termine per la presentazione delle offerte, inizialmente fissato al 14 novembre 2022, è stato già prorogato dalla stazione appaltante in tre occasioni, prima al 5 dicembre 2022, poi al 21 dicembre 2022 e, da ultimo, al 17 gennaio 2023, sulla base di richieste di chiarimenti, al fine di garantire la massima partecipazione degli operatori.

**17.** Oggetto del procedimento è la segnalazione di Fastweb circa l'impossibilità di formulare la propria offerta tecnica in ragione di presunti comportamenti ostativi da parte di TIM, consistenti nel diniego di informazioni. Infatti, mentre Wind Tre ha prontamente ottemperato alla richiesta di accesso alle proprie mappe, TIM avrebbe negato l'accesso alle proprie mappe opponendo ragioni di riservatezza commerciale dei dati e proponendo alcune soluzioni alternative (v. meglio *infra*), tra cui l'ostensione delle percentuali di copertura a livello comunale, tramite la firma di un accordo di confidenzialità (un *Non Disclosure Agreement*, di seguito "NDA") e la fornitura delle mappe di copertura specifiche, soggette a riservatezza di terzi, direttamente alla stazione appaltante, in caso di aggiudicazione da parte di Fastweb.

#### **IV. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE**

##### **IV.1 L'ipotesi istruttoria**

**18.** In sede di avvio di procedimento, l'Autorità ha preliminarmente individuato quale mercato interessato la specifica gara di telefonia mobile in oggetto, bandita da Consip, anche sulla base di alcuni precedenti nel medesimo settore<sup>8</sup>. Ciò in quanto i principali elementi che caratterizzano come profondamente differenti gli acquirenti del servizio del settore pubblico e di quello privato sono individuabili:

- a) nell'obbligo di seguire procedure a evidenza pubblica per la scelta del fornitore cui affidare il servizio;
- b) nella predisposizione di un capitolato contenente l'indicazione delle condizioni fornitura;
- c) nelle modalità ed i tempi di pagamento della Pubblica Amministrazione rispetto ai privati.

**19.** Nell'ipotesi di una definizione di mercato coincidente con la gara in oggetto, il provvedimento di avvio ha evidenziato che l'incumbent TIM deterrebbe una posizione dominante determinata, anche, dall'aggiudicazione delle gare precedenti. Tale circostanza è apparsa infatti idonea a conferire a TIM un vantaggio competitivo dal punto di vista conoscitivo delle esigenze concrete dei soggetti per i quali la centrale di committenza opera. Al riguardo, si rileva che TIM risulta essere il fornitore della PA da più di un decennio (segnatamente dal bando del 2007 che ha consentito alla società di attivare la Convenzione con le PA nel 2008).

**20.** Sulla base di tali considerazioni, l'ipotesi istruttoria si è incentrata sulla possibilità che il diniego opposto da TIM a fornire direttamente a Fastweb le proprie mappe di copertura, al fine di poter partecipare e formulare un'offerta competitiva nelle categorie relative alla copertura del territorio nazionale, potesse costituire una situazione potenzialmente lesiva del contesto concorrenziale, tale da richiedere un intervento di urgenza da parte dell'Autorità.

##### **IV.2 La posizione di Fastweb**

**21.** Fastweb condivide l'ipotesi istruttoria come delineata nel provvedimento di avvio, rilevando che quanto affermato da TIM nei propri scritti difensivi non fosse sufficiente a revocare in dubbio la necessità e l'urgenza di un intervento cautelare da parte dell'Autorità per porre fine, senza ulteriore ritardo, al presunto illecito concorrenziale di tale società e consentirle di partecipare in maniera efficace alla gara<sup>9</sup>.

**22.** Quanto al mercato rilevante, Fastweb ne condivide l'individuazione circoscritta alla gara TM9, anche sulla base della giurisprudenza<sup>10</sup>. Secondo il segnalante, TIM sarebbe in posizione dominante in questo specifico mercato e ha rinvenuto nel diniego di TIM la capacità di incidere e l'attitudine allo stravolgimento della corretta dinamica concorrenziale.

**23.** La posizione dominante di TIM, a parere della società segnalante, deriverebbe da numerose circostanze tra le quali: i) la quota di mercato detenuta; ii) l'essere il fornitore uscente da ormai cinque gare; iii) la conoscenza di informazioni essenziali per la partecipazione alla gara degli operatori virtuali (quali le mappe di copertura); iv) la titolarità di una infrastruttura di rete essenziale per accedere al mercato a valle.

<sup>7</sup> [V. Capitolato di gara articolo 9.1.]

<sup>8</sup> [V. I463 – PELLEGRINI/CONSIP. V. anche provv. n. n. 29736, del 22 giugno 2021, C12354 – Telecom Italia/Rami di azienda BT Italia, nel quale si individua un distinto mercato per i servizi di telecomunicazione su rete fissa per la clientela rappresentata dalla pubblica amministrazione, ciò in ragione della "peculiarità della domanda in termini di competenze e servizi ad hoc che devono essere sviluppati (quali specifici servizi di rendicontazione e supporto), delle necessità di organizzare strutture apposite per la gestione della clientela PA, delle specificità in termini delle modalità di acquisizione dei fornitori, basate sulla selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la richiesta di requisiti di qualificazione alle gare significativamente elevati in termini di capacità patrimoniale, nonché delle norme che regolano tali forniture, che appaiono estremamente formalizzate" (paragrafo n. 79).]

<sup>9</sup> [V. doc. n. 009.]

<sup>10</sup> [V. sentenze del Consiglio di Stato n. 926 del 2004; n. 548/16; n. 1397/06; n. 3901/21. ]

**24.** La condotta abusiva sarebbe evidenziata altresì dalle comunicazioni di TIM nelle quali la società afferma di non voler trasmettere le mappe di copertura in quanto ciò rappresenterebbe un vantaggio competitivo per Fastweb proprio nella gara in esame, alla quale la stessa TIM dichiara di voler partecipare<sup>11</sup>.

**25.** In conclusione, Fastweb ha richiesto l'adozione di misure cautelari in ragione dall'imminente scadenza del termine per formulare la propria offerta ed elaborare a tal fine le proprie strategie.

### **IV.3 La posizione di TIM**

**26.** Nelle proprie memorie, nonché in sede di audizione dinanzi al Collegio, TIM ha contestato la sussistenza nel caso di specie sia del *fumus boni iuris* che del *periculum in mora* ritenendo, pertanto, non sussistenti i presupposti per l'adozione di misure cautelari<sup>12</sup>.

**27.** Circa il mercato rilevante, TIM ha ricordato che l'Autorità, nei propri precedenti in materia di abuso di posizione dominante relativi alle gare Consip per servizi di telecomunicazioni, non ha mai fatto coincidere il mercato rilevante con singole gare<sup>13</sup>.

**28.** Quanto poi alla eventuale dominanza, TIM ha rilevato che nel mercato della fornitura di servizi di telecomunicazione mobile non vi sia alcun operatore in posizione dominante per numero di accessi, ed inoltre che con riferimento alle coperture 4G e 5G, Wind Tre e Vodafone appaiono in una dimensione complessivamente migliore.

**29.** La struttura competitiva del mercato dei servizi di telefonia mobile, nella quale nessun operatore è in posizione dominante e altri operatori godono di vantaggi competitivi rispetto a TIM, porta a escludere, a maggior ragione, la possibilità di individuare una posizione di dominanza di TIM con riguardo alla sola Gara TM9 che, peraltro, risulterebbe pienamente contendibile.

**30.** Quanto alla condotta lamentata da Fastweb, secondo TIM, ai sensi della normativa euro-unitaria e nazionale, i documenti richiesti da Fastweb costituiscono segreti commerciali, che, pertanto, TIM ha il diritto di mantenere riservati nei confronti dei terzi e, *a fortiori*, dei concorrenti. La natura sensibile dei predetti documenti sarebbe confermata anche dalle Linee guida BEREC sulle rilevazioni geografiche della dislocazione delle reti<sup>14</sup>. Al riguardo, TIM rileva che la disciplina euro-unitaria confermerebbe espressamente la natura segreta e comunque riservata dei documenti richiesti da Fastweb. Le mappe, infatti, possono essere ostese alle Autorità competenti (ad esempio, il Ministero delle Imprese e del Made in Italy e l'AgCom) a seguito di una richiesta esplicita<sup>15</sup>.

**31.** Circa la gara, la società afferma di aver chiesto alla stazione appaltante *"di garantire la massima partecipazione alla gara, senza pregiudicare i segreti industriali, le strategie commerciali e la capacità competitiva della stessa TIM. A tal fine, essa ha proposto a Consip una metodologia in base alla quale, in caso di possibile aggiudicazione a un concorrente che utilizza la rete mobile di TIM, quest'ultima sia tenuta a trasmettere le informazioni dettagliate di copertura direttamente alla stessa Consip"*<sup>16</sup>.

**32.** TIM ricorda infine di aver mostrato un atteggiamento di piena collaborazione nei confronti della stazione appaltante, dei propri concorrenti e dei propri clienti. TIM ha fornito a Fastweb la massima assistenza possibile ai fini della presentazione dell'offerta, nonostante il contratto MVNO attualmente in essere tra le parti non copra l'intero arco temporale della gara e, di conseguenza, non possa essere legittimamente utilizzato da Fastweb ai fini della presentazione della sua offerta. TIM sottolinea di aver inviato a Fastweb tutti i dati percentuali di copertura necessari a quest'ultima per formulare la propria offerta di gara, con oltre un mese di anticipo rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, dietro la stipula di un accordo di confidenzialità (*"Non-disclosure agreement"*, di seguito *"NDA"*).

**33.** Infine, TIM non ravvede difficoltà per Fastweb nella formulazione della propria offerta – e di rappresentarla nella migliore forma competitiva – in quanto la società dispone ora: (i) delle mappe di copertura relative alla propria rete mobile; (ii) delle mappe di copertura della rete mobile di Wind Tre; (iii) delle percentuali di copertura della rete mobile di TIM.

**34.** Quanto alla possibilità dell'adozione di misure cautelari da parte dell'Autorità, TIM, in primo luogo, rileva l'insussistenza del *fumus boni iuris*. Infatti, il proprio diniego alla consegna diretta delle mappe di copertura a Fastweb costituirebbe l'esercizio di un diritto riconosciuto dalla normativa europea e nazionale, anche di settore, ed è in ogni caso giustificato dalla necessità di mantenere riservati i propri segreti commerciali nei confronti di un concorrente. Inoltre, la condotta di TIM sarebbe in ogni caso inidonea a "porre in dubbio la partecipazione" di Fastweb alla Gara TM9, in quanto le mappe di copertura non sarebbero necessarie ai fini della presentazione dell'offerta, bensì ai soli fini dell'eventuale verifica della copertura effettiva da parte dell'aggiudicatario della gara e nei limiti indicati dal

---

<sup>11</sup> [V. doc. n. DC\_07. ]

<sup>12</sup> [V. doc. n. 012.]

<sup>13</sup> [V. A351 – *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*; A426 – *Telecom Italia-Gare di affidamento servizi telefonia fissa e connettività IP*; ]

<sup>14</sup> [V. *Il BEREC è l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche ed è un'agenzia dell'Unione Europea.*]

<sup>15</sup> [Ai sensi del d. lgs. 8 novembre 2021, n. 207 ("CECE") attuativo della Direttiva (UE) 2018/1972 (Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche).]

<sup>16</sup> [V. doc. n. 12.]

disciplinare. Nel caso in cui ciò si verificasse per Fastweb, TIM fornirebbe quanto necessario direttamente alla stazione appaltante.

**35.** Parimenti, TIM ritiene insussistente il *periculum in mora* in quanto la mancata ostensione diretta delle mappe di copertura a Fastweb non è idonea a limitare la partecipazione di quest'ultima alla gara.

## **V. VALUTAZIONI**

### **V.1 Il mercato rilevante**

**36.** Alla luce delle risultanze acquisite, TIM e Fastweb risultano attive nel mercato dei servizi al dettaglio di telecomunicazione mobile, ovvero il mercato composto da *"una serie di servizi che, attraverso l'utilizzo di tecnologie wireless, consentono agli utenti di soddisfare le proprie esigenze di comunicazione in mobilità attraverso servizi voce, dati e sms ai propri utenti. Dal punto di vista geografico, tale mercato ha estensione nazionale, in ragione dei regimi normativo-regolamentari in Italia, nonché dell'estensione nazionale delle reti di telecomunicazione mobile e della loro indipendenza da altri Stati Membri dell'Unione europea"*<sup>17</sup>.

**37.** Sulla base della giurisprudenza consolidata, eventuali segmentazioni di tale mercato sono individuabili in base alla tipologia di clientela, sia essa di natura residenziale (*"private"*) o composta da clienti di affari (*"business"*), come rilevato anche dalla Commissione Europea<sup>18</sup>.

**38.** Con riferimento alla gara in oggetto, si rileva che già in alcuni propri precedenti l'Autorità ha individuato la possibilità di definire il mercato rilevante in relazione all'ambito della procedura stessa<sup>19</sup>.

**39.** Al riguardo, l'Autorità ha già evidenziato che *"nell'ambito delle varie gare indette dalla pubblica amministrazione, il contesto competitivo è suscettibile di differenziarsi, di volta in volta, in funzione dei criteri prescelti e delle modalità adottate dalla Pubblica amministrazione nell'indizione delle gare, nonché in relazione al comportamento che la medesima segue nel corso delle procedure e nella fase di aggiudicazione dei contratti"*.

**40.** In questo caso, si rileva come la domanda della fornitura del servizio di telefonia mobile per la PA, da un lato, possieda alcune caratteristiche generali comuni a quelle appena richiamate, dall'altro, nel suo concreto realizzarsi, possa presentare differenze quanto a modalità di esperimento delle gare e condizioni di partecipazione stabilite dai relativi bandi.

**41.** Tali differenze, peraltro, appaiono corrispondere alla specificità della domanda espressa dalla PA di volta in volta. Si pensi, ad esempio, alle sole differenze per quantità e valore della fornitura che possono riscontrarsi tra la domanda espressa da singole amministrazioni locali e da un insieme complesso di amministrazioni centrali.

**42.** Ciò vale a maggior ragione nel caso in cui la gara sia bandita da un soggetto quale la Consip che esprime, mediante l'acquisto centralizzato, la domanda complessiva di numerose amministrazioni sia centrali che locali.

**43.** Con riferimento al contesto specifico oggetto del *sub*-procedimento cautelare, non appare tuttavia necessario addivenire a una definizione compiuta del mercato rilevante (v. meglio *infra*).

### **V.2 Sul fumus boni iuris e sul periculum in mora**

**44.** Come già rilevato, il procedimento ha ad oggetto la possibile portata anticoncorrenziale del diniego di TIM a ostendere alla propria controparte contrattuale, Fastweb, le mappe di copertura del territorio tramite il proprio segnale radiomobile operante le tecnologie di trasmissione 2G-3G-4G-LTE e 5G.

**45.** In primo luogo, appare opportuno osservare che, sulla base del capitolato e del disciplinare di gara (v. *supra*), la fornitura delle mappe appare richiesta solo in sede di verifica a campione della copertura per i soggetti primi in graduatoria (v. Capitolato di gara, articolo 9.1).

**46.** In relazione alla formulazione dell'offerta tecnica e con specifico riferimento alla copertura, si rileva che essa consiste, nella prima fase, in una tabella relativa alle percentuali di copertura del territorio comunale. In tal senso, è opportuno rilevare che TIM ha già fornito, a seguito della sottoscrizione di un NDA (*Non Disclosure Agreement*), le proprie informazioni alla controparte contrattuale Fastweb. Quest'ultima perciò già possiede l'insieme delle informazioni che le consente di valutare, Comune per Comune, l'opportuno livello di copertura – derivante dai contratti di *roaming* sottoscritti con Wind e Tim – da inserire nella propria offerta tecnica.

**47.** In sede valutativa, inoltre, il Disciplinare di gara prevede che 6,1 dei 70 punti attribuiti all'offerta tecnica sono assegnati in ragione della percentuale di copertura. In particolare – si veda la Figura 2 che segue – verranno attribuiti un massimo di 0,6 punti per una copertura del territorio nazionale tramite tecnologia 2G qualora, raggiunta la soglia minima del 95%, venga migliorata la percentuale di copertura sino alla soglia massima (e, rispettivamente: 1,5 punti per il 4G; 3 punti per il 4G+; 1 punto per il 5G).

---

<sup>17</sup> [V. provv. n. 27087 del 21 marzo 2018, I820 – Fatturazione mensile con rimodulazione tariffaria.]

<sup>18</sup> [V. decisioni della Commissione europea del 31 agosto 2018, caso M.9041 – Hutchison / Wind Tre e dell' 1 settembre 2016, caso M.7758 – Hutchison 3G Italy/Wind/JV.]

<sup>19</sup> [V. I463 – PELLEGRINI/CONSIP, provv. n. 10831 del 13 giugno 2002.]

## Figura 2: Piano di copertura

Tabella dei criteri discrezionali (D), quantitativi (Q) e tabellari (T) di valutazione dell'offerta tecnica

| N° (j) | criteri di valutazione  | punti max | N° (j,k) | sub-criteri di valutazione                                   | punti D max | punti Q max | punti T max | F | Sm     | SM     |
|--------|---|-----------|----------|--|-------------|-------------|-------------|---|--------|--------|
| 1      | Estensione della copertura radiomobile nazionale (Capitolato Tecnico, par. 2.1) | 6,1       | 1.1      | Percentuale di copertura del territorio nazionale almeno 2G  |             | 0,6         |             | C | 95,00% | 99,90% |
|        |   |           | 1.2      | Percentuale di copertura del territorio nazionale almeno 4G  |             | 1,5         |             | C | 75,00% | 99,90% |
|        |   |           | 1.3      | Percentuale di copertura del territorio nazionale almeno 4G+ |             | 3           |             | C | 45,00% | 99,90% |
|        |   |           | 1.4      | Percentuale di copertura del territorio nazionale 5G         |             | 1           |             | C | 5,00%  | 99,90% |

Fonte: Disciplinare di gara.

48. Al riguardo, è opportuno precisare che i punteggi vengono assegnati tramite la valutazione svolta a livello nazionale (risultante dalle informazioni fornite a livello comunale ed elaborate a livello nazionale) per ciascuna modalità di trasmissione del segnale e che non si tratta di punteggi discrezionali o di tipo "on-off" (ovvero assegnati esclusivamente all'operatore che realizza la migliore copertura), bensì di punteggi quantitativi che vengono attribuiti con diverse gradazioni a seconda del livello di copertura raggiunto, in comparazione con gli altri offerenti. Infatti, sulla base delle offerte ricevute: all'operatore che realizza una copertura maggiore o uguale alla soglia massima verrà assegnato il punteggio pieno; agli operatori che realizzano la copertura minima verrà assegnato un punteggio uguale a zero; mentre in tutti gli altri casi verrà assegnato un punteggio proporzionale all'incremento realizzato rispetto alla soglia minima, ponderato per la differenza tra la soglia massima e quella minima<sup>20</sup>.

49. Senza necessariamente entrare nella valutazione dell'offerta tecnica, è opportuno notare, a titolo di esempio, che un operatore con copertura pari al 90% nella tecnologia 4G (valevole 1,5 punti dei 70 dell'offerta tecnica) otterrà un punteggio pari a 0,90 punti<sup>21</sup>. All'operatore in grado di raggiungere la soglia massima di copertura (99,90% del territorio nazionale) verrebbe attribuito il punteggio massimo di 1,5, mentre all'operatore in grado di coprire la soglia minima (75% del territorio nazionale) verrebbe attribuito il punteggio pari a 0, in quanto, al di sotto di tale livello, il concorrente non avrebbe i requisiti di partecipazione.

50. Per queste ragioni, le differenze tra operatori in relazione ai 6,1 punti attribuibili per i livelli di copertura appaiono avere un peso limitato rispetto ai 70 punti di offerta tecnica.

51. Quanto alla specifica ostensione delle mappe, si rileva che al momento, sulla base della documentazione in atti, TIM ha reso noto alla propria controparte contrattuale Fastweb di essere disponibile a concedere le proprie mappe alla centrale di committenza Consip<sup>22</sup>, in caso di aggiudicazione della gara da parte del concorrente, al fine di svolgere le opportune verifiche previste dal Capitolato<sup>23</sup>.

52. In conclusione, Fastweb, allo stato, risulta essere già in possesso delle informazioni complete di copertura della rete WindTre e delle percentuali di copertura della rete TIM.

53. Tale circostanza sembrerebbe, allo stato, assieme all'impegno assunto da TIM all'ostensione delle proprie mappe nei confronti di Consip, un elemento sufficiente a consentire una piena partecipazione di Fastweb alla gara in oggetto.

54. Peraltro, occorre rilevare che il termine per la presentazione delle offerte della gara in oggetto, originariamente fissato al 14 novembre 2022 è stato già prorogato da Consip in tre occasioni: i) una prima proroga al 5 dicembre 2022; ii) una seconda, al 21 dicembre 2022; iii) l'attuale termine al 17 gennaio 2023.

55. La centrale di committenza, in ciascuna delle occasioni menzionate, ha ritenuto doveroso rinviare i detti termini "alla luce delle richieste di chiarimenti pervenute, al fine di garantire la massima partecipazione".

56. Le stesse Parti hanno attivamente richiesto alla stazione di committenza spiegazioni circa la corretta interpretazione del disciplinare e del bando di gara, anche in relazione all'ostensione e all'utilizzo delle predette mappe di copertura<sup>24</sup>, nonché informazioni aggiuntive circa il servizio di fornitura in oggetto<sup>25</sup>.

57. L'elevato e complesso numero di chiarimenti posti alla centrale di committenza dagli operatori, testimoniato dallo slittamento di due mesi dei termini della presentazione delle offerte di gara, attesta il carattere allo stato indeterminato e ancora incompleto delle informazioni che ciascun concorrente dovrà produrre.

<sup>20</sup> V. Disciplinare di gara, pagina 55, paragrafo "17.2 METODO DI ATTRIBUZIONE DEL COEFFICIENTE PER IL CALCOLO DEL PUNTEGGIO DELL'OFFERTA TECNICA" dove recita: "A ciascuno degli elementi quantitativi, identificati nella tabella del par. precedente con la lettera "Q", è attribuito un coefficiente, variabile tra zero e uno, sulla base di quanto contenuto nella tabella stessa, e delle seguenti formule:

• Nel caso in cui nella colonna "F" della tabella sia indicata la lettera C (Crescente - grandezza il cui aumento indica migliore qualità)

$C_{ij} = 0$  se  $V_{ij} = S_{mj}$

$C_{ij} = \frac{[(V_{ij} - S_{mj}) / (SM_j - S_{mj})]}$  se  $S_{mj} < V_{ij} < SM_j$

$C_{ij} = 1$  se  $V_{ij} \geq SM_j$

$V_{ij} < S_{mj}$  corrisponde al mancato rispetto di un requisito minimo.

<sup>21</sup> [In formule  $[(90-75)/(99,90-75,00)*1,5].$ ]

<sup>22</sup> [V. doc. n. 012. ]

<sup>23</sup> [V. anche doc DC\_07.]

<sup>24</sup> [V. al riguardo TIM (doc. n. 012) ]

<sup>25</sup> [V. al riguardo Fastweb (doc. n. 007). ]

**58.** Sulla base delle considerazioni che precedono, non si ritiene di disporre di elementi sufficienti per affermare l'esistenza del requisito del *fumus boni iuris*, indispensabile per l'adozione di misure cautelari ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

**59.** Al contempo, il succedersi nel tempo delle proroghe e la circostanza che le interlocuzioni con la stazione appaltante siano tutt'ora in evoluzione portano a ritenere insussistente, altresì, il requisito del *periculum in mora*.

**60.** Per le considerazioni che precedono, si ritiene che non sussistano i presupposti per l'adozione di misure cautelari.

CONSIDERATO che, a seguito delle memorie presentate dalle Parti e dell'audizione dinanzi al Collegio delle stesse, non sono emersi elementi sufficienti a confermare l'esistenza dei presupposti ipotizzati nell'avvio del sub-procedimento per l'eventuale adozione delle misure cautelari;

RITENUTO, pertanto, che allo stato degli atti non sussistano i presupposti per l'adozione delle misure cautelari, ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/90 nei confronti di Telecom Italia S.p.A.;

#### DELIBERA

a) che allo stato degli atti non sussistano i presupposti per l'adozione di misure cautelari, ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/90.

b) la chiusura del procedimento, avviato in data 30 novembre 2022, relativo all'eventuale adozione di misure cautelari ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/90.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro il termine di sessanta giorni dalla data di notifica del provvedimento stesso ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

*Guido Stazi*

IL PRESIDENTE

*Roberto Rustichelli*